

Vlaamse overheid
Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur
en hergebruik van overheidsinformatie
Afdeling openbaarheid van bestuur
Havenlaan 88, bus 20
1000 BRUSSEL
T : 02 553 57 25
Mail: openbaarheid@vlaanderen.be

Dossiernummer: OVB/2021/198

DE BEROEPSINSTANTIE - Afdeling openbaarheid van bestuur

Bevoegdheid beroepsinstantie

Bestuursdecreet van 7 december 2018, titel II, hoofdstuk 3, afdeling 6.

Besluit van de Vlaamse Regering van 19 juli 2007 tot oprichting van de beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie.

Voorafgaande procedure

Op 24 maart 2021 diende [REDACTED] (hierna: verzoeker) een verzoek in bij de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen (hierna: VMSW) om een afschrift te verkrijgen van een aantal documenten die verband houden met de projectaanvraag ingediend bij de VMSW voor de realisatie van 85 sociale wooneenheden aan de E. Pitonlaan en E. Moyaertsiaan te Landen.

Op 8 april 2021 weigerde de VMSW de gevraagde documenten op grond van artikel II.33, 2° van het Bestuursdecreet.

Op 7 mei 2021 stelde verzoeker beroep in bij de beroepsinstantie openbaarheid van bestuur. Dit beroep werd geregistreerd door de beroepsinstantie op 10 mei 2021.

Op 9 juni 2021 werd, in toepassing van artikel II.50, §1, tweede lid van het Bestuursdecreet, de beslissingstermijn door de beroepsinstantie verlengd van dertig kalenderdagen tot een termijn van vijfenveertig kalenderdagen.

Ontvankelijkheid van het beroep

Het oorspronkelijke verzoek dateert van 24 maart 2021.

De bestreden beslissing van 8 april 2021 maakt melding van de beroepsmogelijkheden en -modaliteiten, zoals voorgeschreven in artikel II.43, §1, derde lid van het Bestuursdecreet van 7 december 2018 (verder 'Bestuursdecreet').

Op 7 mei 2021 diende de heer Peeters beroep in tegen deze beslissing. Het ingediende beroep is bijgevolg tijdig ingediend en is **ontvankelijk**.

Gegrontheid van het beroep

Overeenkomstig artikel II.31, eerste lid Bestuursdecreet heeft het recht op passieve openbaarheid betrekking op bestuursdocumenten. Op grond van deze bepaling is elke instantie in principe verplicht aan eenieder die erom verzoekt inzage te geven in, uitleg te verschaffen over of een afschrift te bezorgen van de gewenste bestuursdocumenten.

De openbaarmaking kan slechts geweigerd worden mits toepassing wordt gemaakt van één of meerdere uitzonderingen, zoals gestipuleerd in de artikelen II.33 tot en met II.39 van voormeld decreet.

1. Oorspronkelijk verzoek

Middels zijn verzoekschrift van 24 maart 2021 wenste verzoeker de volgende documenten, die verband houden met een sociaal woonproject aan de E. Pitonlaan te Landen:

1. Afschrift, eensluitend met het origineel, van de projectaanvraag zoals ingediend bij de VMSW voor de realisatie van 85 sociale wooneenheden aan de E. Pitonlaan en de E. Moyaertsiaan te 3400 Landen.
2. Afschrift, eensluitend met het origineel, van het besluit van de VMSW, houdende de selectie van het project door de VMSW zoals ingediend bij de VMSW voor de realisatie van 85 sociale wooneenheden aan de E. Pitonlaan en de E. Moyaertsiaan te 3400 Landen.
3. Afschrift, eensluitend met het origineel, van het verslag van de VMSW houdende, op grond van het ingediende project, het besluit betreffende de intrinsieke kwaliteiten van de door de stad Landen en CNUZ gekozen ondernemer en het besluit betreffende de geschiktheid van de aangeboden projectgronden in het kader van de CBO-procedure.

2. Bestreden beslissing

De VMSW weigerde op 8 april 2021 de openbaarmaking van de gevraagde documenten op grond van artikel II. 33, 2° van het Bestuursdecreet. Het verzoek heeft immers betrekking op een project dat kadert binnen een CBO-procedure, die op het moment van de beslissing niet was afgerond.

3. Inhoud van het beroepschrift

Beroeper kan zich niet verzoenen met de afwijzing van zijn aanvraag en wenst alsnog een afschrift van de gevraagde documenten te verkrijgen.

In zijn beroepschrift stelt beroeper dat niet valt in te zien dat de projectaanvraag, waarvan de openbaarmaking als bestuursdocument worden gevraagd "niet af" of "onvolledig" zou zijn. Een projectaanvraag betreft een document dat werd ingediend bij de VMSW met als objectief om in het kader van een latere besluitvormingsprocedure, meer bepaald een gunningsprocedure, geselecteerd te worden door de Raad van Bestuur van de VMSW.

Uit de door de VMSW aan verzoekende partij medegedeelde stukken, inzonderheid haar schrijven van 29 april 2020 aan NV COSIMCO, blijkt dat de Raad van Bestuur op 28 april 2020 besliste dat het ingediende dossier aan de selectiecriteria voldeed en dat doorgang naar fase 2 – de gunningsfase – mogelijk was.

De gesolliciteerde projectaanvraag betreft aldus een bestuursdocument met een definitieve status, met andere woorden een bestuursdocument dat "af" was en ook "volledig" was. Indien de ingediende projectaanvraag "niet af" was of "onvolledig" was – quod non – dan had de projectaanvraag het criterium van volledigheid & ontvankelijkheid niet doorstaan en behoorde het aan de Raad van Bestuur van de VMSW de projectaanvraag onvolledig en onontvankelijk te verklaren, aldus beroeper.

De ingeroepen facultatieve uitzonderingsgrond zoals bepaald bij artikel II.33, 2^o van het Bestuursdecreet mist elke feitelijke grondslag nu door de beslissing van de Raad van Bestuur van 28 april 2020 beslist werd dat de aanvraag aan de selectiecriteria voldeed en de projectaanvraag, per extensie, dan ook dient beschouwd te worden als een bestuursdocument dat af en volledig was.

Evenmin is in de bestreden beslissing een uitzonderingbepaling aanwijsbaar welke de niet openbaarmaking van het gemaakte verslag zou kunnen justifiëren.

4. Standpunt van de VMSW

Om met kennis van zaken over het beroep te kunnen oordelen, heeft de beroepsinstantie contact opgenomen met de VMSW, om de gevraagde documenten te krijgen en de VMSW in de gelegenheid te stellen om wat meer duiding te verstrekken betreffende dit dossier.

Op 26 mei 2021 bezorgde de VMSW aan de beroepsinstantie een mailbericht van diezelfde dag gericht aan beroeper met in bijlage de verslagen van de Raad van Bestuur over respectievelijk fase 1 (selectie) en fase 2 (gunning), zoals gevraagd onder punt 2 en 3 van het oorspronkelijk verzoek.

De VMSW lichtte tevens haar actueel standpunt -als volgt toe:

Op grond van artikel II.33, 2^o van het Bestuursdecreet van 7 december 2018 dient het verzoek tot openbaarmaking in dit stadium gedeeltelijk geweigerd.

De aanvraag tot openbaarmaking heeft zeer specifiek betrekking op een project dat op heden niet is afgerond. Dit project kadert binnen de procedure Constructieve Benadering Overheidsopdrachten (CBO) 2019.

Het doel van de CBO-procedure is om sociale woningen te laten bouwen door private ondernemers op gronden van deze ondernemer. De opdracht bestaat uit het ontwerp en de bouw van sociale woningen, samen met de verkoop van de grond die bij deze woningen hoort.

Binnen de CBO-procedure is het uitsluitend de projectontwikkelaar en louter en alleen deze, in casu COSIMCO, die in dit verband een projectaanvraag indient bij de VMSW.

De CBO-procedure is een volstrekt atypische procedure bestaande uit 3 te doorlopen fasen. De 3 fasen zijn de volgende:

- Selectiefase*
- Gunningsfase*
- Onderhandelingsfase*

In fase 1 en fase 2 van de CBO-procedure is de VMSW de aanbestedende overheid en treedt de VMSW op als lasthebber van de SHM. Op het einde van fase 2 eindigt het mandaat van de VMSW. In fase 3 wordt de SHM de aanbestedende overheid en voert de SHM de onderhandelingen met de inschrijver.

Heden bevindt de procedure zich in de derde fase, de onderhandelingsfase, waar de SHM optreedt als aanbestedende overheid. Pas na afloop van fase 3 (gunstig of ongunstig) zullen de bestuursdocumenten een definitief karakter kunnen krijgen. Fases 1 en 2 dienen als louter preliminaire fasen in het gunningsproces te worden beschouwd.

Het voorgaande wordt nadrukkelijk geïllustreerd door de clause van het CBO-bestek 2019:

“De CBO-procedure is een atypische procedure met als doel zoveel mogelijk contracten binnen het beschikbare budget afsluiten.

De lastgeving die een SHM aan de VMSW gaf, eindigt na fase 2. De SHM wordt dan de aanbestedende overheid. In fase 3 onderhandelt u samen met de betrokken SHM tot u een dossier heeft dat door beide partijen gedragen is. Het resultaat van de onderhandelingen tussen u en de betrokken SHM is een dossier basisaanbesteding.

Het is de SHM die de grond aankoopt en het contract sluit voor het ontwerp en de uitvoering van de werken. Ze doet dit na een aantal administratieve procedures en enkel voor zover de gevoerde onderhandelingen tot een akkoord om te contracteren tussen de beide partijen in fase 3 leidt.”

De conclusie hierbij is dat dit dossier zich wel degelijk nog steeds in een voorbereidende fase bevindt omdat de huidige aanbesteder, de SHM CNUZ, op heden nog steeds onderhandelingen voert met COSIMCO. Het is momenteel derhalve nog niet duidelijk of deze onderhandelingen ook effectief tot het plaatsen van de opdracht zullen leiden.

De hierbij ingediende aanvraag tot openbaarmaking slaat bijgevolg hiervan wel degelijk op bestuursdocumenten die niet af of onvolledig zijn.

Het op heden meedelen van de gevraagde documenten zou tevens in strijd zijn met de verplichte vertrouwelijkheid inzake overheidsopdrachten voor en tijdens de gunningsprocedure.

Artikel 13, §1 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten luidt als volgt:

“Zolang de aanbesteder geen beslissing heeft genomen over, naargelang het geval, de selectie of kwalificatie van de kandidaten of deelnemers, de regelmatigheid van de offertes, de gunning van de opdracht of de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht, hebben de kandidaten, deelnemers, inschrijvers en derden geen toegang tot de documenten betreffende de plaatsingsprocedure, met name de aanvragen tot deelneming of kwalificatie, de offertes en de interne documenten van de aanbesteder.

Van het eerste lid kan afgeweken worden mits het schriftelijk akkoord van de kandidaat of inschrijver die deelneemt aan de onderhandelingen, overeenkomstig de artikelen 38, § 6, tweede lid, 39, § 3, derde lid, 40, § 4, tweede lid en § 5, vierde lid, 41, § 4, tweede lid, 121, § 3, derde lid, en 122, § 4, tweede lid, en dit enkel voor wat de vertrouwelijke informatie betreft die door deze kandidaat of inschrijver werd meegedeeld.”

De overheidsopdrachtenwet is van openbare orde. Er kan niet worden van afgeweken.

De verzoeker beweert dat de aangevraagde projectaanvraag "(...) geen zaak is van NV COSIMCO maar in essentie een projectaanvraag uitmaakt welke werd ingediend door de rechtspersoonlijkheid van de Stad Landen en de SHM CNUZ (...)". Niettemin is het wel degelijk projectontwikkelaar COSIMCO die alleen de offerte heeft ingediend. COSIMCO heeft zich daarbij ingeschreven met gronden die door de Stad Landen werden ter beschikking gesteld. Dit neemt niet weg dat COSIMCO louter en alleen een offerte heeft ingediend. De VMSW blijft dus bij haar eerste begrip van wat hier door de verzoeker wordt gevraagd, namelijk de offerte van de inschrijver COSIMCO.

De offerte die in het kader van deze gunningsprocedure van overheidsopdrachten werd ingediend bevat vertrouwelijke gegevens en zakengeheimen van de inschrijver. Met deze bedrijfsgevoelige informatie dient dan ook voorzichtig te worden omgesprongen. De openbaarmaking ervan kan immers mogelijks de eerlijke mededinging belemmeren en de commerciële belangen van de inschrijver onevenredig en onomkeerbaar schaden.

De gedeeltelijke weigeringsbeslissing van de VMSW stoelt eveneens op de uitzondering beschreven in artikel II.35, 3° van het Bestuursdecreet van 7 december 2018.

Een gelegitimeerd economisch belang, zoals hierboven beschreven, wordt hier duidelijk gevrijwaard door de bescherming van het vertrouwelijke karakter van de commerciële gegevens in de offerte in kwestie. Het belang van de openbaarheid weegt dan ook niet op tegen de bescherming van het belang dat gepaard gaat met het hiervoor geciteerde vertrouwelijke karakter van deze commerciële informatie van de betrokken inschrijver.

De VMSW heeft de inschrijver COSIMCO bij mail van 26 maart 2021 overigens gecontacteerd om na te gaan of hij, spijts het vertrouwelijk karakter van de inhoud van zijn offerte, toch zou willen toestemming geven om het openbaar te maken. Bij mail van 2 april 2021 repliceerde de inschrijver COSIMCO door te bevestigen dat hij zich integraal verzette tegen de openbaarmaking van de informatie die deze projectaanvraag bevat

5. Standpunt van de beroepsinstantie

Betreffende bovenvermeld punt 1: Afschrift van de projectaanvraag zoals ingediend bij de VMSW

De beroepsinstantie onderzoekt of de door de VMSW ingeroepen afwijzingsgrond terecht werd ingeroepen. De VMSW verduidelijkt in haar toelichting aan de beroepsinstantie dat dit dossier zich wel degelijk nog steeds in een voorbereidende fase bevindt omdat de huidige aanbesteder, de SHM CNUZ, op heden nog steeds onderhandelingen voert met COSIMCO. Het is momenteel derhalve nog niet duidelijk of deze onderhandelingen ook effectief tot het plaatsen van de opdracht zullen leiden.

Het in dit stadium van de onderhandelingen meedelen van de gevraagde offerte is in strijd zijn met de verplichte vertrouwelijkheid inzake overheidsopdrachten voor en tijdens de gunningsprocedure.

Artikel 13 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten luidt als volgt:

"Zolang de aanbesteder geen beslissing heeft genomen over, naargelang het geval, de selectie of kwalificatie van de kandidaten of deelnemers, de regelmatigheid van de offertes, de gunning van de opdracht of de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht, hebben de kandidaten, deelnemers, inschrijvers en derden geen toegang tot de documenten betreffende de plaatsingsprocedure, met name de aanvragen tot deelneming of kwalificatie, de offertes en de interne documenten van de aanbesteder.

Van het eerste lid kan afgeweken worden mits het schriftelijk akkoord van de kandidaat of inschrijver die deelneemt aan de onderhandelingen, overeenkomstig de artikelen 38, § 6, tweede lid, 39, § 3, derde lid, 40, § 4, tweede lid en § 5, vierde lid, 41, § 4, tweede lid, 121, § 3, derde lid, en 122, § 4, tweede lid, en dit enkel voor wat de vertrouwelijke informatie betreft die door deze kandidaat of inschrijver werd meegedeeld.

§ 2. Onverminderd de verplichtingen inzake de bekendmaking van gegunde overheidsopdrachten en de informatieverstrekking aan kandidaten, deelnemers en inschrijvers, maakt de aanbesteder de informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, met inbegrip van eventuele fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de offerte, niet bekend. Hetzelfde geldt voor elke persoon die in het kader van zijn functie of van de hem toevertrouwde opdrachten, kennis heeft van dergelijke vertrouwelijke informatie. § 3. De aanbesteder kan aan een ondernemer eisen stellen die tot doel hebben de vertrouwelijke aard van de informatie die hij beschikbaar stelt, te beschermen.”

Artikel II. 39 van het Bestuursdecreet bepaalt dat de uitzonderingen, vermeld in artikel II.33 tot II.39, gelden met behoud van de toepassing van de andere uitzonderingen die bij de wet, het decreet of de ordonnantie bepaald zijn en die verband houden met de uitoefening van de bevoegdheden van de federale overheid of andere gemeenschappen of gewesten.

Uit het hierboven aangehaalde artikel 13, §2 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten volgt dat, zodra een beslissing voorhanden is over de selectie of kwalificatie van de kandidaten of deelnemers, de regelmatigheid van de offertes, de gunning van opdracht of een beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht, de algemene regeling inzake openbaarheid van toepassing is. Echter is het zo dat voorafgaand aan de bedoelde beslissing, de kandidaten, deelnemers, inschrijvers en derden in toepassing van de specifieke regelgeving inzake overheidsopdrachten, geen toegang hebben tot de documenten betreffende de plaatsingsprocedure, met name de aanvragen tot deelneming of kwalificatie, de offertes en de interne documenten van de aanbesteder.

De beroepsinstantie stelt vast dat in het voorliggende geval de beslissing zoals bedoeld in artikel 13, §1, eerste lid van de wet inzake overheidsopdrachten (nog) niet voorhanden is.

Het door beroeper gevraagde bestuursdocument is te beschouwen als een document betreffende de plaatsingsprocedure dat in de huidige stand van de procedure bijgevolg niet kan worden vrijgegeven. Hierover anders oordelen zou de vertrouwelijkheid van de lopende procedure in het gedrang brengen.

Het voormelde artikel 13, §1 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten bepaalt in het tweede lid dat van het eerste lid kan afgeweken worden mits het schriftelijk akkoord van de kandidaat of inschrijver die deelneemt aan de onderhandelingen. De VMSW heeft de firma Cosimco om haar instemming verzocht maar deze weigerde uitdrukkelijk per mail van 2 april 2021. De beroepsinstantie dient in de gegeven omstandigheden het beroep wat betreft de ingediende offerte dan ook **ongegrond** te verklaren.

Betreffende bovenvermeld punt 2: Afschrift van het besluit van de VMSW, houdende de selectie van het project

De beroepsinstantie stelt vast dat de VMSW per email van 26 mei 2021 de selectiebeslissing uitgaande van de Raad van Bestuur van de VMSW in verband met de CBO-procedure aan verzoeker werd bezorgd.

Wat betreft dit document is het beroep dan ook **zonder voorwerp** geworden.

De beroepsinstantie stelt vast dat de VMSW per email van 26 mei 2021 de geanonimiseerde beslissing na fase 2 uitgaande van de Raad van Bestuur van de VMSW in verband met de CBO-procedure aan verzoeker werd bezorgd. Wat betreft dit document is het beroep dan ook **zonder voorwerp** geworden.

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroepschrift van ■■■ d.d. 7 mei 2021 tegen de weigeringsbeslissing van de VMSW d.d. 8 april 2021 is ontvankelijk en deels zonder voorwerp en deels ongegrond.

Brussel, 15 juli 2021

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter